BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

II ZR 395/12

Verkündet am:
29. April 2014
Vondrasek,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AktG § 221; KWG § 10 Abs. 5

a) Mindert sich nach den Genussscheinbedingungen der Rückzahlungsanspruch jedes Genussscheininhabers, wenn ein Bilanzverlust ausgewiesen wird, umfasst der Bilanzverlust auch Verluste, die auf einer Tätigkeit der Gesellschaft außerhalb ihres Unternehmensgegenstands beruhen, die schlechterdings kein seriöser Kaufmann durchführen würde.

b) Die in § 10 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KWG aF verlangte Verlustteilnahme, um Genussrechtsverbindlichkeiten dem haftenden Eigenkapital bzw. Ergänzungskapital zuzurechnen, steht einem Schadensersatzanspruch der Genussrechtsinhaber gegen die Gesellschaft wegen einer Tätigkeit außerhalb ihres Unternehmensgegenstands, die schlechterdings kein seriöser Kaufmann durchführen würde, nicht entgegen.

BGH, Urteil vom 29. April 2014 - II ZR 395/12 - OLG Köln
LG Köln

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Prof. Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerinnen wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 25. September 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die beklagte Aktiengesellschaft ist aus der Verschmelzung der R. H. bank AG auf die A. H. bank AG im Jahr 2001 hervorgegangen. Die R. H. bank AG gab seit 1996 Inhabergenussrechte mit unterschiedlichen Volumina und Laufzeiten aus. Sie legte den Emissionen jeweils ihre vorformulierten Genussscheinbedingungen zugrunde, die u.a. lauten:

2 **§ 2 Ausschüttungen auf die Genussscheine**

(1) Die Genussscheininhaber erhalten eine dem Gewinnanteil der Aktionäre der Gesellschaft vorgehende jährliche Ausschüttung von (...)% des Nennbetrags der Genussscheine. Sofern der Rückzahlungsanspruch gemäß den Bestimmungen gemäß § 6 den Nennbetrag der Genussscheine unterschreitet, ist für die Berechnung des Ausschüttungsbetrages die jeweilige Höhe des verminderten Rückzahlungsanspruchs maßgeblich.

(2) Die Ausschüttungen auf die Genussscheine sind dadurch begrenzt, dass durch sie kein Bilanzverlust entstehen darf...

3 **§ 5 Laufzeit der Genussscheine/Kündigung der Genussscheine**

(1) Die Laufzeit der Genussscheine ist (...) befristet.

(2) Vorbehaltlich der Bestimmungen gemäß § 6 werden die Genussscheine zum Nennbetrag zurückgezahlt (...)

4 **§ 6 Verlustteilnahme**

(1) Wird ein Bilanzverlust ausgewiesen oder das Grundkapital herabgesetzt, mindert sich der Rückzahlungsanspruch jedes Genussscheininhabers. Bei einem Bilanzverlust vermindert sich der Rückzahlungsanspruch jedes Genussscheininhabers um den Anteil am Bilanzverlust, der sich aus dem Verhältnis seines Rückzahlungsanspruchs zum Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten) errechnet. Bei einer Kapitalherabsetzung vermindert sich der Rückzahlungsanspruch jedes Genussscheininhabers in demselben Verhältnis, wie das Grundkapital herabgesetzt wird. Verlustvorträge aus den Vorjahren bleiben hierbei außer Betracht.

(2) Werden nach einer Teilnahme der Genussscheininhaber am Verlust in den folgenden Geschäftsjahren Gewinne erzielt, so sind aus diesen – nach der gesetzlich vorgeschriebenen Wiederauffüllung der gesetzlichen Rücklage – die Rückzahlungsansprüche bis zum Nennbetrag der Genussscheine zu erhöhen, bevor eine Ausschüttung auf Genussscheine oder eine Gewinnverwendung vorgenommen wird. Diese Verpflichtung besteht nur während der Laufzeit der Genussscheine.

(3) Reicht ein Gewinn zur Wiederauffüllung dieser und bereits begebener Genussscheine nicht aus, so wird die Wiederauffüllung des Kapitals anteilig im Verhältnis des gesamten Nennbetrags dieser Genussscheine zum Gesamtnennbetrag früher begebener Genussscheine vorgenommen.

5 **§ 7 Nachrangigkeit**

Die Forderungen aus den Genussscheinen gehen den Forderungen aller anderen Gläubiger der Gesellschaft, die nicht ebenfalls nachrangig sind, im Range nach. Im Fall des Insolvenzverfahrens über das Vermögen oder Liquidation der Gesellschaft werden

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

die Genussscheininhaber nach allen anderen, nicht nachrangigen Gläubigern und vorrangig vor den Aktionären bedient (...)

6 **§ 8 Hinweis gemäß § 10 Abs. 5 Satz 3 und 4 KWG**

Nachträglich können die Teilnahme am Verlust (§ 6 dieser Bedingungen) nicht geändert, der Nachrang der Genussscheine (§ 7 dieser Bedingungen) nicht beschränkt sowie die Laufzeit und die Kündigungsfrist (§ 5 dieser Bedingungen) nicht verkürzt werden....

7 Von 2001 bis 30. Juni 2002 führte die Beklagte Zinsderivategeschäfte über 13.971.000.000 € durch. Wegen Drohverlusten aus den Zinspositionen bildete die Beklagte Anfang 2002 eine Vorsorgereserve (§ 340 f HGB), die 2002 bis 2004 durch Zuwendungen der damaligen Aktionäre erhöht wurde. Aufgrund dieser Maßnahmen wurden in den Geschäftsjahren 2002 bis 2004 Bilanzgewinne ausgewiesen. Ende 2005 war die Vorsorgereserve aufgebraucht. In einer Ad-hoc-Mitteilung vom 25. Oktober 2005 wies die Beklagte darauf hin, dass im Fall einer bei Misslingen des angestrebten "Verkaufs" der Beklagten angedachten Liquidation davon ausgegangen werden müsse, dass die haftenden Eigenmittel, darunter auch das börsennotierte Genussscheinkapital, aufgezehrt werden könnten. Der Kurs der von der Beklagten ausgegebenen Genussscheine sank daraufhin.

8 Die L. Investments LP vereinbarte mit den Altaktionären der Beklagten im Dezember 2005, die Mehrheit der Aktien gegen eine Einzahlung von 871 Millionen Euro in die Kapitalrücklage der Beklagten zu erwerben. Anfang Januar 2006 zahlte die neue Aktionärin den Betrag in die Kapitalrücklage ein.

9 Am 2. Januar 2006 teilte die Beklagte in einer Ad-hoc-Mitteilung mit, dass sie für das Geschäftsjahr 2005 mit einem negativen Nachsteuerergebnis rechne, u.a. wegen der abschließenden Realisierung von Verlusten aus belasteten Zinspositionen und der Neubewertung von Kreditbeständen. Angesichts

des zu erwartenden Bilanzverlusts werde das durch Genussscheingläubiger bereit gestellte haftende Eigenkapital in Anspruch genommen.

10 Der festgestellte Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2005 wies einen Fehlbetrag in Höhe von 1.083,4 Mio. € aus. Nach Inanspruchnahme u.a. des Genussscheinkapitals in Höhe von 359,8 Mio. € verblieb ein Bilanzverlust von 441,60 Mio. €. Im Geschäftsjahr 2006 wurde ein Fehlbetrag von 575,1 Mio. € festgestellt und das Genussscheinkapital mit 103,9 Mio. € in Anspruch genommen. In der Folge zahlte die Beklagte ab dem Jahr 2005 an die jeweiligen Genussscheininhaber, soweit die Rückzahlungsansprüche fällig geworden waren, nur einen Teil der Nennwerte aus.

11 Die Beklagte hat von mehreren Vorständen der Jahre 2001 und 2002 mit der Behauptung Schadensersatz verlangt, bei den Zinsderivategeschäften habe es sich um nach § 5 Hypothekenbankgesetz unzulässige Geschäfte gehandelt. Der Senat hat das Berufungsurteil, mit dem die Klage der Beklagten gegen ihre Vorstände abgewiesen wurde, aufgehoben, so dass das Verfahren noch nicht abgeschlossen ist (vgl. BGH, Urteil vom 15. Januar 2013 - II ZR 90/11, ZIP 2013, 455).

12 Die Klägerinnen behaupten, seit 23. Januar 2006 in unterschiedlichem Umfang verschiedene Genussscheine erworben zu haben. Mit ihren Klagen haben die Klägerinnen hinsichtlich der bereits abgelaufenen Genussscheine Zahlung der Differenz zwischen den ausgezahlten Beträgen und den Nominalbeträgen und hinsichtlich der noch nicht abgelaufenen Genussscheine die Feststellung begehrt, dass die Rückzahlungsansprüche in Höhe der jeweiligen Nennwerte bis einschließlich des Geschäftsjahres 2008 durch Verluste nicht gemindert wurden, hilfsweise dass die Beklagte verurteilt wird, das in der Bilanz der Beklagten zum 31. Dezember 2008 ausgewiesene und auf die Klägerinnen

entfallende Genussrechtskapital bis zur Höhe der jeweiligen Nennbeträge wieder aufzufüllen.

13 Die Klagen und die Berufungen der Klägerinnen hatten keinen Erfolg. Dagegen richten sich die vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen der Klägerinnen.

Entscheidungsgründe:

14 Die Revisionen haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung.

15 I. Das Berufungsgericht (OLG Köln, Urteil vom 25. September 2012 - 15 U 101/10, juris) hat ausgeführt, es könne offenbleiben, ob die Klägerinnen zur Geltendmachung der Ansprüche aktivlegitimiert seien. Den Klägerinnen stehe jedenfalls kein Erfüllungsanspruch auf ungekürzte Rückzahlung des Nominalwerts zu. Aus den Genussrechtsbedingungen folge nicht, dass der Rückzahlungsanspruch nur um eine bestimmte Art von Verlusten, nämlich solchen aus einer nicht qualifiziert pflichtwidrigen Geschäftsführung, zu vermindern sei. Die Auslegung ergebe, dass für den Begriff des Bilanzverlusts das Verständnis des in § 158 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 AktG ausgeführten Begriffs des "Bilanzgewinns/Bilanzverlusts" zu Grunde zu legen sei. Die Verpflichtung zur Bilanzierung von Verlusten bestehe unabhängig davon, ob diese aus rechtswidrigen oder rechtskonformen Geschäften erzielt worden seien. Auch der weitere Wortlaut der Genussrechtsbedingungen, die Umstände und der Zweck der Genussrechtsemission trügen kein Verständnis des Bilanzverlusts als anhand von materiellen Kriterien zu beurteilende Analyse der Verlustquellen. Auch ohne ausdrückliche Bezeichnung als "Genussrechte gemäß § 10 Abs. 5 KWG" erschließe sich den durchschnittlich aufmerksamen Verkehrs- und Wirtschaftskreisen, dass damit haftendes Eigenkapital der emittierenden Bank generiert werden solle. Daher liege auch keine unangemessene Benachteiligung der Ge-

nussrechtsinhaber nach § 307 BGB oder ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor.

16 Es bestehe auch kein Schadensersatzanspruch, weil die Einzahlung in die Kapitalrücklage nicht bereits in der Bilanz zum 31. Dezember 2005 berücksichtigt sei. Es sei nicht ersichtlich, dass bereits 2005 eine bilanzierungsfähige Forderung der Beklagten gegen die neue Aktionärin auf Einzahlung in die Kapitalrücklage entstanden sei. Eine bilanzierungsfähige Forderung habe nicht entstehen können, da sich der Anspruch der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter richten müsse und die L. Investments LP erst 2006 Aktionärin geworden sei. Die von den Klägerinnen angeführten Indizien für eine schon vor dem Stichtag hinreichend sichere Forderungsberechtigung wiesen nicht zuverlässig darauf hin, dass der Erwerb der Aktienmehrheit durch die L. Investments LP noch im Jahr 2005 vollzogen worden sei.

17 Die Klagebegehren seien aber auch nicht als Schadensersatzansprüche begründet. Zwar scheiterten die Schadensersatzansprüche nicht daran, dass ein aus den Derivategeschäften resultierender Schaden nicht bei ihnen, sondern bei den veräußernden Genussrechtsinhabern eingetreten sein könnte. Mit Ausnahme der hier nicht betroffenen jährlichen Ausschüttungen zeige sich erst bei Laufzeitende der Genussrechte, ob die dann fällig werdenden Rückzahlungsansprüche wegen der Verluste aus den Zinsderivategeschäften beeinträchtigt würden. Die Klägerinnen als den Ersterwerbern nachfolgende Genussrechtsinhaber seien in den Pflichtenkreis der ursprünglichen Vertragsparteien einbezogen und das sich aus der Kapitalmarktfähigkeit der Genussrechte bzw. ihrer Fungibilität ergebende Auseinanderfallen von Pflichtwidrigkeit und Schadensentstehung sei unschädlich. Ungeachtet der Frage, ob es sich bei der Vornahme der Zinsderivategeschäfte um eine qualifiziert pflichtwidrige Geschäftstätigkeit handele, stehe einem Schadensersatzanspruch die Sperrwirkung des § 10 Abs. 5 Satz 4 KWG entgegen. Ein Schadensersatzanspruch lasse sich mit

dem vertraglich vereinbarten Charakter des Genussrechtskapitals als haftendes Eigenkapital nicht in Übereinstimmung bringen. Die Zuerkennung von Schadensersatzansprüchen würde dazu führen, dass sich ein Genussrechtsinhaber bei verlustverursachenden Geschäften der emittierenden Bank im Sinn der "Klöckner"-Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305) de facto nicht mehr an den Verlusten beteiligen würde, da seine schuldrechtliche Verlustbeteiligung durch einen Schadensersatzanspruch in entsprechender Höhe kompensiert würde. Der Bank würden damit liquide Mittel entzogen, die sie gerade im Fall einer Krise benötige.

18 II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis nicht stand.

19 1. Die Revision ist unbeschränkt zugelassen. Der Ausspruch der Zulassung im Berufungsurteil enthält keine Beschränkung. Eine Beschränkung kann sich zwar auch aus der Begründung für die Zulassung der Revision ergeben. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die Rechtsfrage, wegen der die Revision zugelassen wurde, sich auf einen abtrennbaren Teil des Streitgegenstandes bezieht, auf den auch die Parteien die Revision beschränken könnten (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 2011 - II ZR 221/09, ZIP 2011, 2491 Rn. 18; Urteil vom 13. November 2012 - XI ZR 334/11, ZIP 2013, 62 Rn. 9). Dafür reicht es aus, dass der von der Zulassungsbeschränkung betroffene Teil des Streits in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Prozessstoff beurteilt werden und - auch nach einer Zurückverweisung - kein Widerspruch zwischen dem noch zur Entscheidung stehenden und dem unanfechtbaren Teil des Streitstoffs auftreten kann.

20 Die Rechtsfragen, wegen derer das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, beziehen sich aber nicht auf einen abtrennbaren Teil des Streitgegenstands. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, weil die Frage,

ob § 10 Abs. 5 KWG aF (in den bis 31. Dezember 2013 geltenden Fassungen) eine Sperrwirkung gegenüber Schadensersatzansprüchen von Bank-Genussrechtsinhabern wegen pflichtwidrig herbeigeführter Verluste entfalte, grundsätzliche Bedeutung habe, auch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Zulassung der Revision erfordere und zugleich die Frage aufgeworfen sei, ob seine Entscheidung von den Grundsätzen der "Klöckner-Entscheidung" abweiche. Jedenfalls von dem zuletzt genannten Zulassungsgrund sind nicht nur die Schadensersatzansprüche, sondern auch die in erster Linie geltend gemachten Erfüllungsansprüche betroffen.

21 2. Die Revisionen sind allerdings unbegründet, soweit sie sich dagegen wenden, dass das Berufungsgericht (primäre) Ansprüche auf Vertragserfüllung verneint hat. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der vertragliche Rückzahlungsanspruch der Genussscheininhaber, zu denen die Klägerinnen nach ihrem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag gehören, infolge der Bilanzverluste in den Geschäftsjahren 2005 und 2006 gemindert ist.

22 a) Dabei ist - da das Berufungsgericht dazu keine Feststellungen getroffen hat - revisionsrechtlich zu unterstellen, dass die Bilanzverluste auf einer Tätigkeit der Gesellschaft außerhalb ihres Unternehmensgegenstands beruhen, die schlechterdings kein seriöser Kaufmann durchführen würde, und die zu Ersatzansprüchen der Genussrechtsinhaber gegen die Beklagte geführt haben. Die Gesellschaft haftet den Genussscheininhabern zwar nicht für jedes Versehen und jede Fehlentscheidung (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 331). Sie haftet ihnen auch nicht für jede Tätigkeit, die fahrlässig außerhalb des Unternehmensgegenstandes entfaltet wird. Die Haftung der Gesellschaft gegenüber den Genussscheininhabern entspricht nicht der Haftung der Vorstände gegenüber der Gesellschaft nach § 93 AktG für fehlerhafte Geschäftsführung, sondern ist an engere Voraussetzungen geknüpft (vgl. Lutter in KK-AktG, 2. Aufl., § 221 Rn. 355; Seiler in Spindler/Stilz, AktG,

2. Aufl., § 221 Rn. 177; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 221 Rn. 65; aA Habersack AG 2009, 801, 804; Stadler in Bürgers/Körber, AktG, 3. Aufl., § 221 Rn. 95). Das gilt angesichts der Auslegungsbedürftigkeit der Satzungsbestimmungen auch für eine Tätigkeit, mit der der Unternehmensgegenstand überschritten wird. Die Gesellschaft haftet aber für eine Tätigkeit außerhalb des Unternehmensgegenstandes, die ein seriöser Kaufmann, der die ihm mit dem Unternehmensgegenstand gezogenen Grenzen grundsätzlich beachtet, schlechterdings nicht durchführen würde (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 331).

23 b) Der Rückzahlungsanspruch ist nach den Genussscheinbedingungen gemindert, weil in den Jahren 2005 und 2006 ein Bilanzverlust ausgewiesen ist. Nach den Genussscheinbedingungen (§ 6 Abs. 1) mindert sich der Rückzahlungsanspruch jedes Genussscheininhabers, wenn ein Bilanzverlust ausgewiesen oder das Grundkapital herabgesetzt wird, um den Anteil am Bilanzverlust, der sich aus dem Verhältnis seines Rückzahlungsanspruchs zum Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten) errechnet. Unter Bilanzverlust im Sinn der Genussscheinbedingungen ist ein Bilanzverlust zu verstehen, der auch Verluste umfasst, die auf einer Tätigkeit der Gesellschaft außerhalb ihres Unternehmensgegenstands beruhen, die schlechterdings kein seriöser Kaufmann durchführen würde.

24 aa) In Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Rechtsbegriffe sind in der Regel entsprechend ihrer juristischen Fachbedeutung zu verstehen, insbesondere wenn sie - wie hier der Begriff des Bilanzverlusts in den Genussscheinbedingungen - erkennbar auf eine gesetzliche Regelung Bezug nehmen (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 2003 - VIII ZR 135/02, ZIP 2003, 1095, 1096). Genussscheinbedingungen sind allgemeine Geschäftsbedingungen (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 312; Urteil vom 28. Mai 2013 - II ZR 67/12, ZIP 2013, 1570 Rn. 32).

25 bb) Ein Bilanzverlust im Sinn von § 158 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 AktG ist auch entstanden, wenn er aus einer Geschäftstätigkeit herrührt, die rechtswidrig, satzungswidrig oder kaufmännisch schlechthin unseriös ist. Eine Unterscheidung in Verluste aus ordnungsgemäßen und nicht ordnungsgemäßen Geschäften und damit nach ihrer Herkunft ist in § 158 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 AktG nicht vorgesehen.

26 Für eine danach unterscheidende Auslegung des für den vertraglichen Rückzahlungsanspruch vereinbarten Begriffs des Bilanzverlusts besteht auch im Hinblick auf Schadensersatzansprüche, die Genussscheininhabern aus einer Tätigkeit der Gesellschaft außerhalb ihres Unternehmensgegenstands zustehen können, die schlechterdings kein seriöser Kaufmann ausführen würde (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 331), kein Anlass (aA MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., § 221 Rn. 278 und 282; Habersack, AG 2009, 801, 806; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 221 Rn. 65). Zwar kann der Genussscheininhaber, wenn sein Rückzahlungsanspruch durch einen Bilanzverlust vermindert wird, einen Anspruch auf Schadensersatz haben, der auf Wiederauffüllung des Rückzahlungsanspruchs im Wege der Naturalrestitution, und wenn dies - etwa wegen des Erlöschens des Genussrechts durch Herabsetzung auf Null, aber auch wegen des Laufzeitendes - nicht möglich ist, gem. § 251 Abs. 1 BGB auf eine Entschädigung in Geld gerichtet ist (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 334; vgl. auch Habersack, AG 2009, 801, 804; Mülbert, Festschrift Hüffer, 2010, 679, 696). Der Anspruch auf Naturalrestitution setzt einen Schaden voraus, der allerdings nicht schon im Bilanzverlust, sondern in der in den Genussscheinbedingungen angeordneten Minderung der Rückzahlungsansprüche besteht. Daher führt ein Anspruch auf Schadensersatz im Wege der Naturalrestitution nicht dazu, dass der Bilanzverlust um die Verluste aus der nicht ordnungsgemäßen Geschäftstätigkeit bereinigt wird, sondern dass die Minderung der Rückzahlungsansprüche

durch Wiederauffüllung des Genussrechtskapitals auszugleichen ist. Da unter Bilanzverlust im Sinn der Genussscheinbedingungen der Bilanzverlust vor Entnahmen aus dem Genussrechtskapital (vgl. Formblatt 2 Nr. 1 bis 8 und Formblatt 3 Nr. 27 bis 34 zu § 2 RechKredV) zu verstehen ist und erst nach den Entnahmen eine Wiederauffüllung des Genussscheinkapitals zu buchen wäre, kann dies nicht zu einer Veränderung des Verständnisses des Bilanzverlusts im Sinn von § 6 Abs. 1 der Genussscheinbedingungen führen. Ein Anspruch auf Naturalrestitution führt nicht dazu, dass für die Gläubiger des Schadensersatzanspruches kein Bilanzverlust entsteht. Der Anspruch auf Wiederauffüllung der geminderten Rückzahlungsansprüche ist nicht mit seiner Erfüllung gleichzusetzen.

27 cc) Die vertragliche Bestimmung über die Verminderung des Rückzahlungsanspruchs bei einem Bilanzverlust ist auch nicht wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam. Das Transparenzgebot verlangt vom Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten des Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar ohne vermeidbare Unklarheiten und Spielräume darzustellen. Darüber hinaus gebieten es Treu und Glauben, dass eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2014 - XI ZR 355/12, ZIP 2014, 310 Rn. 23; Urteil vom 25. Juli 2012 - IV ZR 201/10, BGHZ 194, 208 Rn. 45; Urteil vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 20, 24; Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 313). Dabei ist auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2014 - XI ZR 355/12, ZIP 2014, 310 Rn. 23; Urteil

vom 10. November 2011 - III ZR 77/11, WM 2012, 947 Rn. 30 mwN; Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 313).

28 Diesen Anforderungen genügt die Klausel in den Genussscheinbedingungen der Beklagten über die Verminderung des Rückzahlungsanspruchs bei einem Bilanzverlust. Für den Durchschnittskunden ist hinreichend klar, dass es auf den im Jahresabschluss der Beklagten ausgewiesenen Bilanzverlust ankommt und dass sich der Rückzahlungsanspruch im Verhältnis seines Rückzahlungsanspruchs zum Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten) mindert. Aus dem Gesetz ergibt sich, was unter einem Bilanzverlust zu verstehen ist (§ 158 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 AktG) und nach welchen Regeln der Jahresabschluss aufzustellen ist (§§ 243 ff. HGB; vgl. dazu schon BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 313). Was unter Eigenkapital zu verstehen ist, ist in der Vertragsbestimmung des § 6 der Genussrechtsbedingungen erläutert; die dabei verwandten Begriffe sind bestimmt (vgl. Formblatt 2 Nr. 1 bis 8 und Formblatt 3 Nr. 27 bis 34 zu § 2 RechKredV) und die Beträge lassen sich jeweils dem Jahresabschluss der Beklagten entnehmen. Entgegen der Auffassung der Revision umfasst die Verpflichtung zur Darstellung der Rechte und Pflichten der Vertragspartner und der wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen nicht, den Kunden über den Ausnahmefall ihm nachteiliger Rechtsfolgen eines vom Emittenten festgestellten, objektiv hinsichtlich eines Bilanzverlustes unrichtigen Jahresabschlusses aufzuklären. Inwieweit ein festgestellter Jahresabschluss unwirksam ist, ist ebenfalls gesetzlich geregelt (§ 256 AktG).

29 dd) Einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegt die Klausel in § 6 Abs. 1 Satz 1 der Genussscheinbedingungen nicht, wonach sich der Rückzahlungsanspruch jedes Genussscheininhabers mindert, soweit ein Bilanzverlust ausgewiesen oder das Grundkapital herabgesetzt wird. Die Vereinbarung über die Verlustteilnahme der Genussscheine gehört zu dem einer Inhaltskon-

trolle entzogenen Hauptleistungsinhalt (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB), weil die Vertragsparteien damit festlegen, ob und in welchem Umfang das Genusskapital wie Eigenkapital als Haftungsmasse zur Verfügung gestellt wird (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 314 f.). Dass der Genussscheininhaber am Bilanzverlust und nicht am Jahresfehlbetrag teilnimmt, gehört zum Hauptleistungsinhalt und nicht zur Regelung der Art und Weise der Herabsetzung. Zum Hauptleistungsinhalt gehört auch die Bestimmung, was unter Bilanzverlust zu verstehen ist und nach welchem Maßstab sich der Rückzahlungsanspruch mindert. Der Inhaltskontrolle unterliegende Regelungen zu der Art und Weise, in der das Genusskapital herabgesetzt wird, enthält § 6 Abs. 1 Satz 1 der Genussscheinbedingungen nicht.

30 c) Im Ergebnis rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass die Einzahlung in die Kapitalrücklage in Höhe von 871 Mio. € im Jahr 2006 nicht schon im Jahresabschluss 2005 als Vermögen zu verbuchen war.

31 In den Jahresabschluss 2005 war keine Forderung gegen die neue Aktionärin als Vermögensgegenstand einzubuchen. Eine Forderung wäre einzustellen, wenn vereinbarungsgemäß erst im Jahr 2006 gezahlt werden sollte, die Forderung aber bereits entstanden oder ihre rechtliche Entstehung mit Sicherheit zu erwarten war. Um als Vermögensgegenstand qualifiziert werden zu können, muss eine Forderung konkretisierbar, d.h. ihre rechtliche Entstehung mit Sicherheit zu erwarten sein (BGH, Urteil vom 12. Januar 1998 - II ZR 82/93, BGHZ 137, 378, 380). Das gilt grundsätzlich unter Beachtung des Vorsichtsprinzips auch für künftige Forderungen (MünchKommBilR/Hennrichs, 3. Aufl., § 246 HGB Rn. 46). Da die Vereinbarung über eine Einzahlung in die Kapitalrücklage zwischen den Alt- und Neuaktionären geschlossen wurde, stünde die Forderung aber nur dann der Beklagten zu, wenn es sich dabei um einen Vertrag zu ihren Gunsten gehandelt hätte (§ 328 Abs. 1 BGB). Die bloße Aussicht

auf eine Zahlung ohne Forderungsrecht genügt dagegen regelmäßig nicht, weil als Vermögensgegenstand nur Rechte aktiviert werden können, die auch rechtlich entstanden sind oder bei denen der Eintritt der fehlenden Entstehungsvoraussetzungen mit Sicherheit zu erwarten ist. Dass der Beklagten ein Forderungsrecht auf die Leistung eingeräumt werden sollte, ist nicht festgestellt. Ob ein Dritter bei einem Vertrag, nach dem eine Leistung an ihn zu bewirken ist, ein Forderungsrecht erwirbt, ist eine Frage der Auslegung des Vertrags, die hier ohne Kenntnis des Inhalts des Vertrags zwischen Alt- und Neuaktionären nicht geklärt werden kann. Den genauen Inhalt der Vereinbarung haben die Klägerinnen nicht vorgetragen.

32 3. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht dagegen einen auf Beseitigung der Minderung des Rückzahlungsanspruchs gerichteten Schadensersatzanspruch wegen der behaupteten unzulässigen Derivategeschäfte durch den Vorstand wegen einer Sperrwirkung der in § 10 Abs. 5 KWG aF enthaltenen Regelungen über die Voraussetzungen einer Zurechnung des Genussrechtskapitals zum Ergänzungskapital bzw. haftenden Eigenkapital verneint.

33 a) Ob § 10 Abs. 5 KWG aF Schadensersatzansprüche von Genussscheininhabern ausschloss, ist streitig. Ein Teil der Literatur bejaht dies (Bracht, WM 2012, 585, 588 f.; Kokemoor/Theilig, WM 2013, 337, 342 f.; Mülbert, Festschrift Hüffer, 2010, 679, 695 ff.; Becker, NZG 2012, 1089, 1090 f.; Becker, NZG 2014, 171, 174). Wirtschaftlich werde die Verlustbeteiligung durch den Schadensersatzanspruch sofort kompensiert. Das stehe im Widerspruch zu § 10 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KWG aF, weil dann anders als dort gefordert im wirtschaftlichen Ergebnis keine Verlustbeteiligung vorliege (Bracht, WM 2012, 585, 589; Kokemoor/Theilig, WM 2013, 337, 342; Mülbert, Festschrift Hüffer, 2010, 679, 696; Becker, NZG 2012, 1089, 1092). Eine verlustquellenspezifische Einschränkung der Verlustbeteiligung widerspreche der Interessenlage der Beteiligten, berücksichtigte nicht, dass auch irreguläre Erträge den Genussscheinin-

habern zugutekämen und stünde im Widerspruch zum Prinzip der lediglich gewinngebundenen Privilegierung des Genussrechtskapitals (Mülbert, Festschrift Hüffer, 2010, 679, 687 und 696). Die Schutzfunktion des bankaufsichtsrechtlichen Eigenkapitals setze sich gegenüber vertraglichen Ansprüchen des schuldrechtlichen Eigenkapitalgebers durch und nicht umgekehrt, wie schon § 10 Abs. 5 Satz 4 KWG aF zeige, der auch eine anderweitige Rückzahlung ausschließe (Becker, NZG 2012, 1089, 1092; Becker, NZG 2014, 171, 174). Ein wesentliches Merkmal der Verlustbeteiligung der Genussrechtsinhaber sei die Fähigkeit, die Rekapitalisierung einer in der Krise befindlichen Bank zu fördern. Ein Schadensersatzanspruch erschwere aber nicht nur die Rekapitalisierung, etwa durch die Beeinträchtigung der Möglichkeiten zum Kapitalschnitt, sondern entziehe dem Kreditinstitut gerade in der Krise in Form des Schadensersatzes zusätzlich liquide Mittel. Genussrechte, deren Bedingungen einen vertraglichen Schadensersatzanspruch im Sinne der Klöckner-Rechtsprechung begründen könnten, seien daher nicht als aufsichtsrechtliches Eigenkapital anzuerkennen. Der Wille zum Abschluss einer solchen Genussrechtsvereinbarung könne einem auf aufsichtsrechtlich wirksames Eigenkapital angewiesenen Kreditinstitut nicht unterstellt werden (Bracht, WM 2012, 585, 589).

34 Ein anderer Teil der Literatur verneint eine Sperrwirkung (Habersack, AG 2009, 801, 802 und 806; MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., § 221 Rn. 272 a.E. (FN 730); Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 221 Rn. 65; Frank A. Schäfer, ZHR 175 [2011], 319, 332 f.; Sethe, WM 2012, 577, 584; wohl auch Hirte in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 221 Rn. 400). § 10 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KWG aF verlange nicht, dass an außergewöhnlichen Aufwendungen teilgenommen werde, und dazu zählten Verluste aus rechtswidrigen Handlungen (Habersack, AG 2009, 801, 802); das aus dem Aufsichtsrecht entstammende Interesse der Emittenten könne den Anlegerschutz nicht außer Kraft setzen (Habersack, AG 2009, 801, 806 f.; Frank A. Schäfer, ZHR 175 [2011], 319, 332) und § 10 Abs. 5

Satz 4 KWG aF verbiete nur rechtsgeschäftlich vereinbarte Rückzahlungen (Frank A. Schäfer, ZHR 175 [2011], 319, 332).

35 b) Der letztgenannten Auffassung ist im Ergebnis zu folgen. Die in § 10 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KWG aF verlangte Verlustbeteiligung steht dem Schadensersatzanspruch der Genussrechtsinhaber nicht entgegen.

36 aa) § 10 Abs. 5 KWG aF enthält aufsichtsrechtliche Regelungen, die allenfalls mittelbar Wirkungen auf das Genussrechtsverhältnis haben können, soweit die Beteiligten die Funktion des Genusskapitals als haftendes Eigenkapital bzw. Ergänzungskapital ihrem Vertragsverhältnis zugrunde gelegt haben. Eine unmittelbare Wirkung auf zivilrechtliche Vereinbarungen haben die aufsichtsrechtlichen Vorschriften zum Eigenkapital nicht. Wo der Gesetzgeber zivilrechtliche Vorschriften zurücktreten lassen wollte, wenn der Zweck einer Vereinbarung die Überlassung von haftendem Eigenkapital ist, hat er dies vielmehr ausdrücklich angeordnet (vgl. etwa § 10 Abs. 5 Satz 8 i.V.m. § 10 Abs. 4 Satz 10 KWG in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der geänderten Bankenrichtlinie und der geänderten Kapitaladäquanzrichtlinie vom 19. November 2010, BGBl. I S. 1599; Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der geänderten Bankenrichtlinie und der geänderten Kapitaladäquanzrichtlinie, BT-Drucks. 17/1720 S. 39). Für die Schadensersatzansprüche der Genussscheininhaber gegen die Gesellschaft hat er keine solche Regelung getroffen.

37 bb) Ein aufsichtsrechtliches Verbot, die Minderung der Rückzahlungsansprüche auszugleichen oder Schadensersatz zu leisten, kann trotz des Hinweises in § 8 der Genussscheinbedingungen auf § 10 Abs. 5 Satz 3 und 4 KWG bzw. der Kenntnis der Genussscheininhaber von der Funktion als haftendes Eigenkapital nicht als konkludente Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Genussscheininhabern über eine Haftungsbegrenzung oder einen Haftungsausschluss verstanden werden. Nachteile bei der Berechnung des haftenden

Eigenkapitals der Gesellschaft sind ein Risiko, das bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht der Genussscheininhaber, sondern die Gesellschaft zu tragen hat (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2013 - II ZR 67/12, ZIP 2013, 1570, z.V.B. in BGHZ 197, 284 Rn. 48; Urteil vom 28. Mai 2013 - II ZR 2/12, juris Rn. 43). Das gilt erst recht für Nachteile bei der Berechnung des haftenden Eigenkapitals, die durch Schadensersatzansprüche der Genussscheininhaber wegen fehlerhafter Geschäftsführung entstehen. Die Gesellschaft muss sich ein rechtswidriges Verhalten ihrer Vorstände zurechnen lassen (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - I ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 333). Im Gegensatz zu den Aktionären haben die Genussscheininhaber keine mitgliedschaftlichen Teilhaberechte und können nicht durch eine effektive Kontrolle der Geschäftsleitung einem verantwortungslosen Verhalten der Geschäftsorgane entgegentreten (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 328). Vielmehr stellt der Genussscheininhaber sein Kapital, wenn es haftungsrechtlich dem Einlagekapital gleichstehen soll, der Gesellschaft in der erkennbaren Erwartung zur Verfügung, dass sich ihre Geschäfte im Rahmen des von der Satzung vorgegebenen Unternehmensgegenstandes bewegen und das Kapital nicht durch eine Geschäftstätigkeit gefährdet wird, die schlechterdings kein seriöser Kaufmann durchführen würde (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 331). Das verbietet es, der Erwähnung des Genussrechtskapitals als haftendes Eigenkapital bzw. Ergänzungskapital in den Genussrechtsbedingungen gerade für diesen Fall einen Haftungsausschluss zu entnehmen.

38 cc) Die aufsichtsrechtlichen Vorschriften, insbesondere die in § 10 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KWG aF für die Anerkennung als haftendes Eigenkapital bzw. Ergänzungskapital verlangte Verlustteilnahme, stehen dem Schadensersatzanspruch der Genussrechtsinhaber auch nicht entgegen. Zwar kann der Zweck der Verlustteilnahme durch die Zuerkennung eines Schadensersatzanspruchs

beeinträchtigt werden. Wirtschaftlich wird die Verlustbeteiligung durch den Schadensersatzanspruch sofort kompensiert. Die Pflicht zur Wiederauffüllung kann in einer Krisensituation die Fähigkeit zur Rekapitalisierung beeinträchtigen und damit dem Zweck der aufsichtsrechtlichen Vorschriften widersprechen, die Rekapitalisierung zu erleichtern, weil für die Bedienung des Schadensersatzanspruchs weiteres Kapital erforderlich wird.

39 Die Berücksichtigung des Genussrechtskapitals als haftendes Eigenkapital rechtfertigt es aber nicht, die Risikoverteilung zum Nachteil der Genussrechtsinhaber zu ändern, sie bei groben Pflichtverletzungen schutzlos zu stellen und § 10 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KWG aF eine Sperrwirkung für eine Verpflichtung zur Wiederauffüllung geminderter Rückzahlungsansprüche auch gegenüber Schadensersatzansprüchen wegen der Durchführung von Geschäften, die schlechterdings kein seriöser Kaufmann durchführen würde, zu entnehmen. Der Bundesgerichtshof hat auch in anderen Fällen bereits dem Anlegerschutz Vorrang vor dem Kapitalschutz und damit dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger eingeräumt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 9. Mai 2005 - II ZR 287/02, ZIP 2005, 1270, 1272 f.). Dass eine Sperrwirkung des § 10 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 KWG aF nicht ausnahmslos gegenüber Schadensersatzansprüchen Geltung beanspruchen kann und sie gegenüber deliktischen Ansprüchen nach §§ 826, 823 Abs. 2 BGB, aber auch kapitalmarktrechtlichen Schadensersatzansprüchen nach §§ 37a f. WpHG zurücktritt, wird auch von den Befürwortern einer Sperrwirkung anerkannt (vgl. Bracht, WM 2012, 585, 589).

40 Von einem solchen "Vorrang" der Ersatzansprüche der Kapitalanleger ist auch für den Schadensersatzanspruch der Genussrechtsinhaber wegen einer Geschäftstätigkeit, die schlechterdings kein seriöser Kaufmann durchführen würde, auszugehen. Die Schadensersatzpflicht besteht nicht in jedem Fall eines Verlustes, noch nicht einmal in jedem Fall eines durch eine fehlerhafte Geschäftsführung entstandenen Verlustes, sondern in dem Ausnahmefall einer

qualifiziert pflichtwidrigen Geschäftstätigkeit, vor der unter anderem gerade die Aufsicht über die Banken schützen soll. Dass der Schadensersatz der Genussrechtsinhaber gerade an einer vereinbarten Verlustbeteiligung ansetzt, rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung zu deliktischen oder kapitalmarktrechtlichen Schadensersatzansprüchen nicht. Haftungsgrund ist die Pflichtverletzung, lediglich der Schaden, der in der Minderung der Rückzahlungsansprüche besteht, hat den Bilanzverlust als Maßstab, wenn dies so vereinbart ist. Die generelle Eignung des Genussrechtskapitals als haftendes Eigenkapital oder Ergänzungskapital und zur Verlustteilnahme wird nicht davon berührt, dass den Genussscheininhabern in besonderen Fällen Schadensersatzansprüche zustehen, die eine verlustbedingte Minderung des Rückzahlungsanspruchs ausgleichen. Eine unmittelbare nachteilige Auswirkung auf die Gläubiger der Gesellschaft besteht nicht. Die Nachrangigkeit des Rückzahlungsanspruchs der Genussscheininhaber erfasst auch den Schadensersatzanspruch, weil er auf Ausgleich der Minderung des nachrangigen Rückzahlungsanspruchs geht. Lediglich die Sanierung durch Rekapitalisierung wird erschwert, wenn zur Auffüllung der Rückzahlungsansprüche zusätzliches Kapital benötigt wird.

41 Soweit die Regelungen in § 10 Abs. 5 KWG aF auf europäischen Richtlinien beruhen, stehen sie einer solchen Auslegung entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht entgegen. Artikel 3 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten (ABl. EG 1989 L 124 S. 16), Artikel 35 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (ABl. EG 2000 L 126 S. 1) und Artikel 63 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (ABl. EU 2006 L 177 S. 1) verlangten übereinstimmend für sonstige Bestandteile des Eigenmittelbegriffs, zu

denen das Genusskapital zu rechnen ist, dass die Urkunden über die Ausgabe der Titel sicherstellen müssen, dass die Schulden und ungezahlten Zinsen Verluste ausgleichen können, während gleichzeitig das Kreditinstitut in der Lage sein muss, weiterzuarbeiten. Ein Ausschluss von zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen lässt sich dem nicht entnehmen. Die bestimmungsgemäße Eignung des Genusskapitals zum Ausgleich der Verluste ist nicht berührt.

42 4. Das Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

43 a) Den Vortrag der Klägerinnen, dass sie die behaupteten Genussrechte erworben hätten, hat die Beklagte zwar bestritten. Feststellungen dazu hat das Berufungsgericht aber nicht getroffen.

44 b) Die Klägerinnen sind auch Inhaberinnen der Schadensersatzansprüche geworden, wenn sie die Genussrechte zeitlich nach den von ihnen behaupteten Pflichtverletzungen der Vorstände der Beklagten erworben haben. Inhaber des Sekundäranspruchs nach § 280 BGB ist grundsätzlich der jeweilige Gläubiger des Hauptanspruchs (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2013 - V ZR 47/12, ZIP 2013, 1113, z.V.b. in BGHZ 197, 155 Rn. 9), auch wenn eine Pflicht vor der Abtretung verletzt wurde. Die Klägerinnen können auch den Schaden geltend machen, der entstanden ist, bevor sie die Genussscheine erworben haben. Bei Schadensersatzansprüchen eines Genussscheininhabers wegen fehlerhafter Geschäftsführung ist davon auszugehen, dass sie von der Abtretung des Hauptanspruchs umfasst werden. Der Schaden ist zwar mit der Minderung des Nennbetrags des Rückzahlungsanspruchs eingetreten. Der Ersatzanspruch geht aber, solange das Genussrecht nicht wegfällt, zunächst nur auf Wiederauffüllung des Rückzahlungsanspruchs im Wege der Naturalrestitution (§ 249 BGB) und wandelt sich erst dann, wenn die Gesellschaft bis zum Ablauf der Laufzeit der Genussrechte den Rückzahlungsanspruch nicht wieder aufgefüllt hat, in einen Zahlungsanspruch (§ 251 BGB). Eine Wiederauffüllung des Rück-

zahlungsanspruchs kommt immer dem Zessionar zugute. Eine Spekulation des ersten Genussrechtsinhabers auf eine Zahlung bei Ende der Laufzeit liegt fern, zumal er mit der Veräußerung des Genussrechts gerade zeigt, dass er nicht bis zum Rückzahlungszeitpunkt warten, sondern den verbliebenen Wert sofort realisieren will. Damit gehen die Interessen von Zedent und Zessionar in diesem Fall dahin, dass auch ein möglicherweise bereits entstandener Schadensersatzanspruch mit dem Genussrecht auf den neuen Genussrechtsinhaber übergeht.

45 III. Das Berufungsurteil ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO), damit das Berufungsgericht die noch erforderlichen Feststellungen treffen kann.

46 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

47 1. Die für das Vorliegen einer Pflichtverletzung darlegungs- und beweispflichtigen Klägerinnen können nur Schadensersatz für Bilanzverluste erhalten, die Verlusten aus einzelnen konkreten Zinsderivategeschäften zuzuordnen sind, mit denen die Vorstände der Beklagten den Unternehmensgegenstand überschritten haben und die schlechterdings kein seriöser Kaufmann durchgeführt hätte. Dass Zinsderivategeschäfte vorgenommen wurden und daraus Verluste entstanden, begründet allein noch keinen Schadensersatzanspruch. Eine Tätigkeit der Beklagten außerhalb ihres Unternehmensgegenstands, die schlechterdings kein seriöser Kaufmann durchführen würde und die zu einem Schadensersatzanspruch der Genussrechteinhaber führen kann (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 331), liegt nicht bereits deshalb vor, weil die Beklagte als Hypothekenbank Zinsderivategeschäfte eingegangen ist (vgl. BGH, Urteil vom 15. Januar 2013 - II ZR 90/11, ZIP 2013, 455 Rn. 17). Eine Hypothekenbank durfte Zinsderivategeschäfte abschließen, wenn sie absichernden Charakter für die zulässigen Geschäfte hatten und das

Verlustrisiko begrenzt blieb, dagegen nicht, wenn sie ausschließlich in Verbindung mit anderen Derivategeschäften standen oder ihr Umfang den Hypothekenbanken als Spezialinstituten gesetzte Grenzen überschritt. Absichernden Charakter für die zulässigen Geschäfte konnten Zinsderivategeschäfte auch haben, wenn nicht einem bestimmten Geschäft oder Risiko jeweils ein Absicherungsgeschäft durch Zinsderivate zugeordnet werden kann (Micro-Hedging). Bei umfassender Erfassung aller Einzelpositionen in richtiger Gewichtung sowie geeigneten Vorkehrungen im Bereich der Dokumentation und der internen Überwachung, die zu einer Risikoverminderung führen, war auch ein Macro-Hedging zulässig, bei dem das gesamte Zinsänderungsrisiko abgesichert wird. Die im Rahmen eines solchen Macro-Hedging abgeschlossenen Zinsderivategeschäfte waren Neben- oder Hilfsgeschäfte, soweit das Macro-Hedging der Absicherung der Zinsänderungsrisiken aus dem Hauptgeschäft und zulässigen Nebengeschäften, aber nicht der selbständigen Gewinnerzielung diente (vgl. BGH, Urteil vom 15. Januar 2013 - II ZR 90/11, ZIP 2013, 455 Rn. 19). Der Schadensersatzanspruch besteht nicht schon dann, wenn die Vorstände der Beklagten die Zinsderivategeschäfte als Absicherungsgeschäfte ausführen wollten und dabei fehlerhaft handelten. Die Gesellschaft haftet nicht für jedes Versehen und jede Fehlentscheidung ihrer Vorstände (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 331).

48 2. Soweit die Klägerinnen einen Anspruch auf Wiederauffüllung des Rückzahlungsanspruchs geltend machen, wird zu berücksichtigen sein, dass die Wiederauffüllung Kapitalmaßnahmen voraussetzen kann, die einen Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten benötigen, der ihr nicht aufge-

zwungen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 334). Insoweit kann daher ggf. nur die Verpflichtung zur Wiederauffüllung festgestellt und nicht zur Auffüllung verurteilt werden.

Bergmann Strohn Reichart

Drescher Born

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 19.03.2010 - 87 O 159/08 -
OLG Köln, Entscheidung vom 25.09.2012 - 15 U 101/10 -